



Ordenamiento jurídico y derechos humanos

Francisco Javier Ansuátegui Roig

Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Jaén

Cualquier reflexión sobre la relación entre los derechos humanos y el ordenamiento jurídico se ve obligada a optar necesariamente por centrarse en alguna de las vertientes que presenta la señalada relación, ya que si, por el contrario, pretende abordar todas sus manifestaciones, emprende una tarea de difícil culminación. La cualificada posición que ocupan los derechos en el ordenamiento, tanto desde el punto de vista formal como desde el material, genera efectos que lo condicionan en toda su extensión. Teniendo en cuenta lo anterior, en lo que sigue se abordarán algunas parcelas específicas de esa relación. En primer lugar, se formulará una reflexión sobre la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales (naturaleza que sirve para caracterizar los derechos fundamentales frente a los derechos humanos). Ello nos permitirá, posteriormente, abordar la cuestión del tipo de propuesta moral y de poder político que operan tras la juridificación de los derechos y sin los cuales éstos son incomprensibles. Tras ello, se hará referencia a la caracterización jurídica de los derechos pensando en los rasgos que individualizan la posición que ocupan los derechos fundamentales en el sistema jurídico y que los distinguen entre sí y respecto a otros derechos. Concluiremos con algunas observaciones respecto a la influencia de los derechos en la dinámica jurídica, que caracteriza el funcionamiento del ordenamiento.

Antes de continuar, es conveniente hacer una referencia a la perspectiva desde la que se enfoca la cuestión abordada. Los derechos son una realidad pluridimensional. Con ello se alude a la posibilidad de enfoques diferentes, distintos, complementarios, aunque no excluyentes. Así, el enfoque o perspectiva histórica, antropológica, económica, sociológica, política, jurídica. La perspectiva jurídica es la que aquí nos interesa y la que centrará nuestra atención. Pero nuestra preferencia en este momento no debe llevar a la conclusión de que la perspectiva jurídica es la única opción posible. Ciertamente, una comprensión amplia y completa de los derechos, consciente por consiguiente de esa pluridimensionalidad, exige la confluencia o concurrencia de las diferentes perspectivas.

Pero, una vez asumida la perspectiva jurídica, es posible plantear distintos interrogantes. Luigi Ferrajoli se ha referido a cuatro cuestiones¹, que se pueden plantear en relación con los derechos desde la perspectiva jurídica:

- 1) ¿cuáles son los derechos?;
- 2) ¿cuáles deben ser los derechos?;
- 3) ¿qué son los derechos fundamentales?;
- 4) ¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?

Estas preguntas se responden desde diferentes discursos: el de la ciencia jurídica positiva, el de la filosofía política o de la justicia, el de la teoría del derecho y el de la sociología del derecho, respectivamente. Pues bien, la teoría jurídica de los derechos tiene como competencia básica aclarar qué es lo que se entiende por derechos funda-

¹ Ver L. Ferrajoli, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en id., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid 2001, pp. 289-291.

mentales. La teoría jurídica de los derechos, en este sentido, debe elaborar un discurso que no dé la espalda a la configuración de los sistemas jurídicos, pero que tenga un carácter general. Al mismo tiempo, el interés de la teoría jurídica de los derechos es el de analizar las formas y estructuras de los derechos entendidos como instituciones jurídicas. Pero esto es compatible con el reconocimiento de la dificultad de llevar a cabo una teoría *pura* de los derechos, desde el momento en que éstos son el resultado de la plasmación jurídica de dimensiones de moralidad fuertes sin las cuales aquéllos carecen de sentido. El concepto de "derecho fundamental" no se puede reducir de manera exclusiva a dimensiones formales y estructurales, ya que éstas, en última instancia, adquieren sentido como expresión de elecciones morales y políticas. En todo caso, creo que *no* le falta razón a Ferrajoli cuando señala el carácter previo de la cuestión teórica respecto a todas las demás que se pueden formular en relación con los derechos. En efecto, sólo si se sabe qué son los derechos fundamentales se está en condiciones de afrontar las cuestiones referidas, por ejemplo, a la identificación de los derechos fundamentales incluidos en un determinado ordenamiento, a la mayor o menor justificación de esa inclusión o a la afectiva articulación y adecuación de mecanismos de tutela y garantía.

Los derechos como instituciones jurídicas

El título de este estudio podría llevar a la conclusión de que existe una relación entre el ordenamiento jurídico y los derechos. El planteamiento de la relación entre ambos términos puede entenderse de dos maneras: se puede hablar de relación necesaria, o de relación circunstancial o contingente. En primer lugar, analizar la relación entre el ordenamiento jurídico y los derechos en términos de necesidad implica, al

menos, desembocar en la tesis de que tanto el ordenamiento jurídico como los derechos son incomprensibles de manera aislada, siendo así que no se puede concebir un ordenamiento en el que no se incluyan derechos y, junto a lo anterior, tampoco es posible encontrar derechos más allá del ordenamiento. Si identificamos los derechos como expresión de una propuesta moral fuerte, estaríamos frente a una concepción que bien podría ser identificada o con el iusnaturalismo o con un positivismo ético, desde el momento en que ambos comparten la afirmación de la relación necesaria entre el derecho y la moral. En segundo lugar, referirse al carácter circunstancial de la relación supone reconocer dos posibilidades. Por una parte, cabe la posibilidad de que existan ordenamientos jurídicos en los que existen derechos; por otra, es posible que existan ordenamientos jurídicos en los que no se incluyan derechos, situándose éstos en esferas ajenas a la normatividad jurídica. También aquí se estará manteniendo alguna posición respecto a la relación entre el derecho y la moral, que en este caso afirmaría la separación conceptual entre ambos.

Pues bien, en este trabajo se va a asumir la tesis según la cual la relación entre los derechos fundamentales y el ordenamiento jurídico es circunstancial o contingente. En efecto, si observamos los datos que nos suministran los diversos ordenamientos jurídicos, podemos percibir que aquellos en los que se reconocen, respetan y protegen los derechos son ciertamente los menos. Centraremos nuestra atención, por tanto, en aquellos ordenamientos que asumen una determinada concepción de la moralidad, que se manifiesta precisamente a través de las normas de derechos fundamentales. Como podremos observar en lo sucesivo, la presencia de normas de derechos fundamentales en un ordenamiento implica el reconocimiento de una determinada manifestación de la relación que el derecho

puede mantener con cierta moralidad y también con cierto poder. Sobre estas cuestiones volveremos enseguida. En todo caso, hay que señalar que estas dimensiones son las que se encuentran tras determinados interrogantes que se plantean en relación con el tema que nos ocupa: ¿por qué existen ordenamientos jurídicos en los que se incluyen derechos? ¿Y por qué hay otros en los que no se incluyen? Estas preguntas pueden parecer simples o sencillas, pero lo que parece cierto es que tras ellas se encuentran cuestiones y problemas que determinan el sentido, la caracterización y el funcionamiento de los ordenamientos jurídicos. Es precisamente en el momento de responder a estas cuestiones cuando nos tenemos que plantear la vinculación entre la presencia de derechos en un ordenamiento jurídico, de un lado, y una determinada concepción del poder político y una propuesta moral específica, de otro.

No obstante, antes de continuar, parece necesario detenerse en el concepto de derecho fundamental que se asume en este momento. Ello, además, tiene un efecto clarificador importante, desde el momento en que estamos frente a un concepto ciertamente discutido y cuya comprensión va a depender entre otras cosas del concepto de derecho que previamente se asuma, lo cual implica, además, una determinada posición sobre las relaciones que el derecho guarda con la moral y con el poder. En este sentido, los derechos fundamentales son entendidos como instrumentos jurídicos. Esto es importante y tiene repercusiones básicas. La comprensión de los derechos fundamentales como instrumentos jurídicos adquiere significado, a su vez, en el marco de una determinada teoría sobre los derechos, como la teoría dualista. La teoría dualista presenta un concepto de derechos entendidos como el resultado de la confluencia de dos dimensiones básicas: la filosofía de los derechos y el derecho

positivo de los derechos. Éstos, entendidos como instituciones jurídicas, son el resultado de la positivación de una determinada moralidad, que fundamenta y justifica los derechos².

Se asume, por tanto, la idea de que sólo se puede hablar de derechos, en buena técnica jurídica, cuando nos referimos a ciertas realidades juridificadas. Es decir, los derechos fundamentales son *instituciones jurídicas*. Ciertamente, más allá del ordenamiento jurídico se puede emplear el término "derecho" (no se está manteniendo aquí una posición sustancialista o esencialista al respecto); más allá de los confines de lo jurídico se puede emplear "derecho" con una importante carga semántica en el discurso político o moral. Por ello, se puede afirmar que los individuos son titulares de derechos "morales", más allá de lo que establezca un ordenamiento jurídico. El hecho de que los individuos sean portadores de pretensiones morales derivadas de su dignidad no se puede hacer depender de determinados mecanismos político-jurídicos institucionalizados. Pero los individuos sólo tienen derechos fundamentales cuando en un ordenamiento jurídico, al que ellos están sometidos, existen "normas de derechos fundamentales", esto es, normas pertenecientes a un ordenamiento jurídico que sitúan a los sujetos titulares de esos derechos en una determinada posición en el interior de un ordenamiento jurídico, y que satisfacen los criterios de validez formal y material de ese ordenamiento.

Pero no hay que olvidar que la efectividad y el respeto de los derechos fundamentales exigen la articulación de determinados mecanismos de garantía y protección que se desarrollan y asien-

² Ver R. de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid 2001.

tan en el ordenamiento jurídico. Hay que reconocer que la "efectividad de los derechos" o la "buena salud" de los derechos exige también otra serie de condiciones o elementos -culturales, sociales, políticos, económicos...-, pero sin mecanismos y garantías jurídicas, esa efectividad posiblemente sería una mera ilusión. Y aquí, las posibilidades a la hora de articular sistemas de garantía son amplias³.

Al mismo tiempo, hay que tener también en cuenta que lo que se ha dicho y lo que se dirá en lo sucesivo presupone una determinada posición teórica, desde la que se enfoca no sólo la idea de los derechos, sino la misma realidad jurídica, la existencia del fenómeno jurídico. En este sentido, se comparten los principios básicos de un positivismo normativista. Con ello se quiere decir lo siguiente: se reconoce una única realidad jurídica, la que se identifica con el derecho positivo (en este sentido, sería una posición monista, frente al dualismo iusnaturalista). El derecho positivo es producido por el poder político institucionalizado a través de los mecanismos y procedimientos previstos (sería una de las vertientes a través de las cuales el poder está sometido al derecho). La posición positivista que se comparte es entendida como normativista. Así, se entiende que las normas son los elementos principales, que no únicos, del sistema jurídico. En el ordenamiento se integran otros componentes, principios, valores, definiciones, pero todos ellos son reconducibles a una estructura normativa, a una estructura del deber ser. A la vez, este positivismo normativista es moderado. Con ello se quieren marcar las distancias con otro tipo de

³ Pueden consultarse diversas clasificaciones en A. E. Pérez Lufio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1988, pp. 65ss, y en G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1995, pp. 501 ss.

positivismo, más extremo o radical, que sería el que Bobbio ha denominado positivismo ideológico o, también, teoría formalista de la justicia⁴.

Nuestra posición no identifica necesariamente el derecho positivo con el derecho justo. El poder, en efecto, crea el derecho positivo, que, como ya se ha señalado, es la única realidad jurídica. Pero esta vinculación entre el derecho y la decisión del poder no ha de entenderse como resultado de una posición decisionista o voluntarista desnuda. El poder, fuente formal y última del derecho, es una realidad social, con una determinada concepción axiológica —que podrá parecer correcta o incorrecta— tras de sí. Las normas jurídicas, producto de las decisiones del poder político, son expresión, a la vez, de todo el *background* social y axiológico que se encuentra tras el poder. Así, en el marco de un sistema jurídico y político democrático (que constituye nuestro ámbito de referencia y el escenario en el cual son válidas las reflexiones sobre la teoría jurídica de los derechos), que asume unos valores y principios axiológicos determinados, el ordenamiento jurídico integra determinadas exigencias de justicia: esas exigencias se especifican en postulados normativos jurídicos al más alto nivel, que deben ser respetados —como condición de validez— por las normas que pertenecen al sistema jurídico. Así, por ejemplo, y refiriéndonos en concreto a nuestro sistema jurídico, podemos decir que el contenido del preámbulo de la Constitución, del artículo 1.1 y del título I son clara muestra de que el sistema jurídico incorpora un determinado punto de vista sobre la justicia.

La explicitación de los rasgos básicos del concepto de derecho fundamental que aquí se asume, y también de la posición teórica sobre la que descansa este concepto, permite comprender

⁴ Ver N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán 1984.

la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales. Es cierto que desde una determinada perspectiva se podría pensar que estamos frente a una cuestión sin importancia y que no conviene enredarse en problemas meramente terminológicos; problemas que en ocasiones parecerían estar solucionados en su reflejo positivo desde el momento en que en los ordenamientos los términos son empleados de manera indistinta en ocasiones. Pero también es cierto que en ocasiones la doctrina se ha detenido sobre la cuestión⁵. En todo caso, los derechos humanos se identificarían con las pretensiones morales vinculadas al individuo, que exigen satisfacción y ser el centro de un determinado modelo de ordenación social. Los derechos fundamentales supondrían el resultado de la positivación de esas pretensiones y añadirían, al carácter moral de los derechos humanos, una definitiva dimensión jurídica. De manera que -y siempre que se admitiera la existencia de una moralidad universal sobre la que descansarían los derechos— podríamos afirmar que los derechos humanos acompañan al individuo con independencia de que éste sea titular de derechos fundamentales. La titularidad de los derechos fundamentales es, por tanto, una cuestión que depende del reconocimiento jurídico de determinadas pretensiones morales (derechos humanos) y de la articulación efectiva de mecanismos de protección y garantía⁶.

⁵ Ver A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid ⁸2003, pp. 30-31; G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, o. c., pp. 21-38; M^a. C. Barranco Aviles, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid 1996; F. J. Ansuátegui Roig, "Derechos: cuestiones de terminología jurídica", *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, n^o 30, enero-marzo 1999, pp. 1-32.

⁶ Ver J. Delgado Pinto, "Los derechos entre la ética, el poder y el derecho: derechos humanos y constitución", en

Derechos, moral y poder democrático

Como se ha señalado, la constatación de la realidad que nos presentan los ordenamientos jurídicos contemporáneos permite llegar a la conclusión de que, en realidad, y desde un punto de vista meramente cuantitativo, aquellos ordenamientos en los que existe un sistema de derechos articulado internamente y dotado de un nivel apreciable y razonable de garantías constituyen una porción ciertamente minoritaria. Si ello es así, enseguida surge la pregunta sobre las razones que explican la presencia de normas de derechos fundamentales en determinados ordenamientos. No se trata de llevar a cabo en este momento un ensayo de sociología de los derechos humanos. Es evidente que las causas tanto de la ausencia como de la presencia de derechos en el ordenamiento jurídico son de muy variada índole. Al respecto, podemos pensar en factores ideológicos, económicos, históricos, sociales o culturales.

En todo caso, debemos ser conscientes de que, a la hora de explicar y caracterizar esa presencia, las normas de derechos fundamentales no se diferencian demasiado del resto de normas del ordenamiento jurídico. Y es que, en efecto, también en las normas de derechos fundamentales se observa de manera clara uno de los aspectos predicables de cualquier enunciado normativo jurídico. Las normas jurídicas, como tales normas que son, pertenecen al mundo del deber ser y están encaminadas a materializar una determinada propuesta de organización social a través del establecimiento de modelos de comportamiento. Esos modelos no surgen gracias al azar o a fenómenos naturales que escapen del ámbito de contextos institucionales. Por el contrario, más allá

de su conexión con elementos culturales, se materializan a partir de la puesta en marcha de mecanismos sociales de producción normativa. Esos mecanismos tienen una importante dimensión institucional, y el resultado de su puesta en marcha es una norma cuya definición depende en última instancia de una dimensión política, es decir, del poder político que, en el seno de una sociedad y de la arquitectura jurídico-política que le es propia, tiene la capacidad reconocida de producir normas. En esto, las normas de derechos fundamentales no se diferencian del resto de normas que integran el ordenamiento. No se quiere decir con lo anterior que las normas jurídicas obedezcan de manera *exclusiva* a una decisión del poder político. Éste, en su actuación, y en sus decisiones, está condicionado desde muchos puntos de vista, pero, al final, la decisión que se materializa en la norma es expresión de una determinada voluntad, la del poder.

Es la vinculación entre las normas jurídicas —en este caso las normas de derechos fundamentales— y el poder político la que explica por tanto la presencia de aquéllas en el ordenamiento. Pero también explica la posición concreta que ellas ocupan en el interior del mismo. Parece evidente que nos encontramos ante dos cuestiones relevantes. Por una parte, la que se refiere a la naturaleza jurídica de las normas de derechos fundamentales, determinada por su existencia y su validez; por otra, la que se refiere a la posición en el interior del ordenamiento. Esta cuestión es importante porque, en realidad, la "viabilidad" de los derechos depende del hecho de que estén juridificados de una determinada manera. La posición de estas normas se caracteriza a partir del rango que ocupan en la estructura jerárquica del sistema y de los mecanismos de protección y garantía que las acompañan. Sin la presencia efectiva de estos mecanismos, el reconocimiento jurídico de los derechos se reduce a un *flatus vocis*.

Si bien acabamos de señalar las semejanzas, en lo que a la razón última de la juridificación se refiere, entre las normas de derechos fundamentales y otras normas jurídicas es necesario efectuar determinadas matizaciones al respecto. Y ello porque, siendo cierto que también tras las normas de derechos fundamentales existe una voluntad de poder, asimismo lo es que estas normas no se reducen a una voluntad de poder. De acuerdo con el concepto dualista de derechos fundamentales, al que se ha aludido en otro momento de este estudio, las normas de derechos fundamentales son el resultado de la positivación de dimensiones morales. Pero cuando hablamos de este tipo de normas debemos ser conscientes de que no estamos haciendo referencia a cualquier tipo de moralidad. La moralidad de los derechos fundamentales es una moralidad, muy concreta y específica, que en la actualidad se presenta como uno de los aspectos más sobresalientes de la herencia de la Ilustración. Es la moralidad que ofrece el fundamento de los derechos, cuestión ésta abordada en otro capítulo de este libro. En este sentido, el poder político que se pone manos a la obra en la tarea de articular un sistema de derechos fundamentales, si se toma en serio los derechos, no puede juridificar cualquier moralidad. Está vinculado por un determinado proyecto moral. Dicho en otros términos, ese poder no puede convertir en derechos fundamentales cualquier cosa. Por poner un ejemplo, quizás demasiado evidente, una decisión política que pretendiera articular un sistema de derechos fundamentales basado en el reconocimiento de principios claramente incompatibles con los de dignidad, igualdad y libertad, como podría ser el de la supremacía de una determinada raza sobre las demás, no podría presentar el resultado de su decisión como auténticos derechos fundamentales. Estaríamos ante un caso de retórica o falsificación de los derechos. Por tanto, el concepto de derechos fundamentales es un concepto vinculado desde el punto de vista moral.

Esta vinculación moral del concepto de derechos fundamentales supone, como se acaba de subrayar, una conexión de los derechos con una determinada moralidad. Pero, al mismo tiempo, es palmaria manifestación de la inyección, también se ha apuntado, de dimensiones morales específicas en el ordenamiento jurídico. En efecto, los derechos son expresión del punto de vista sobre la justicia o la moralidad que asume el ordenamiento que los integra. La positivación de los derechos puede ser observada como un caso de materialización del derecho⁷ o de positivación o constitucionalización del derecho natural a la luz de la cual se puede interpretar la progresiva transformación de los criterios de legitimación externa en criterios de legitimación interna⁸. Pero también puede ser analizada como un caso específico de transformación de moral crítica en moral legalizada. En efecto, sabemos que los sistemas normativos concurren entre sí y que esta concurrencia, o si se quiere, coexistencia, puede producirse de acuerdo con distintas posibilidades. Así, un sistema normativo moral puede situarse en una posición crítica respecto a un cierto sistema normativo jurídico. En este caso, esa posición vendrá caracterizada por el hecho de que desde el sistema moral se presionará en dirección a la transformación del sistema jurídico, desde el momento en que éste no acoge o desconoce los criterios de aquél. De esta manera, el sistema moral pretende el reconocimiento jurídico de su propuesta. En el momento en que dicho reconocimiento tiene lugar, la moral, que hasta entonces era crítica, pasa a convertirse en moral legalizada.

⁷ Ver M. La Torre, "Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 16, 1993, p. 70; L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México 1997, pp. 16ss.

⁸ Ver L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, traducción de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid 1995, pp. 353-354.

Esa determinada propuesta moral entra a formar parte del contenido del ordenamiento jurídico y de las normas que lo integran.

Esa positivación puede ser considerada como la culminación de la tendencia y de la vocación hacia la positivación o juridificación manifestada por gran parte de las propuestas morales en las que podemos pensar. Esto se explica por el atractivo que presenta el derecho en lo que a mecanismos de implantación social se refiere. Y es que, en efecto, cualquier propuesta normativa de ordenación de las conductas —y eso es lo que en última instancia son los sistemas morales— se caracteriza por una innata vocación de eficacia, de cumplimiento. Dicha vocación tiende a asegurarse en la medida en que se ponen en marcha mecanismos de sanción y coerción, que mediante el desarrollo de sus respectivas funciones -preventivas y represivas— logran condicionar el comportamiento de los sujetos. En este sentido, el derecho presenta un grado ciertamente alto de especialización. Por eso, es comprensible que los sistemas normativos pretendan ver reconocidos e incluidos sus postulados en la estructura normativa del ordenamiento jurídico, pues es sólo a partir de entonces cuando en apoyo de los mismos se pone en marcha la maquinaria del Estado. En otros términos: nadie es multado o sancionado jurídicamente por actuar de manera meramente inmoral, a no ser que la actuación inmoral sea al mismo tiempo contraria al derecho. Es por tanto esa positivación la que añade un plus de normatividad -en este caso, jurídica- a las normas morales, de las que éstas se pueden beneficiar en lo que a su efectividad se refiere.

Pues bien, ciertamente podemos considerar que la positivación de los derechos, la inclusión de las dimensiones morales de los que éstos son expresión, en el ordenamiento jurídico es un caso explícito de transformación de moral crítica en moral legalizada.

Junto a lo anterior cabe añadir también que la naturaleza moral de los derechos permite considerarlos en su relación con otras dimensiones del ordenamiento que son también expresión evidente de opciones morales definidas. Como ya sabemos, los ordenamientos jurídicos, como sistemas normativos que son, carecen de la posibilidad de neutralidad desde el punto de vista moral. Todo ordenamiento es expresión de una determinada opción moral, que se manifiesta de manera especialmente relevante en determinados ámbitos del sistema. Los derechos fundamentales tienen mucho que ver con esta opción moral, con la opción moral asumida por los ordenamientos en los que aquéllos se integran. Pero es necesario subrayar en este punto que aquí los derechos no ocupan una posición de protagonismo exclusivo y excluyente. En efecto, creo que en este punto —y pensando en la situación con la que nos encontramos en nuestro ordenamiento— es necesario aludir también a los valores superiores⁹. En efecto, en el artículo 1.1 de nuestro texto constitucional se señala que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", que también se manifiestan a través de principios de organización del poder como, por ejemplo, la separación de poderes o la independencia del poder judicial. Los valores y los derechos encarnan la opción moral que asume el ordenamiento, el particular punto de vista sobre la justicia del que es expresión el sistema jurídico. En efecto, a la pregunta sobre los planteamientos morales asumidos por nuestro sistema, hay que responder recurriendo al conte-

⁹ Ver G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1984. También, A. Llamas, *Los valores superiores como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1993.

nido del artículo 1.1 de la Constitución, así como al del título I de la misma.

¿Cuál es la relación que se establece entre valores y derechos? Los valores son la referencia de fundamentación de los derechos; su función es la de constituir los criterios normativos últimos de la organización social. Recuérdese en este sentido que estamos pensando en unos valores que poseen una vocación de operatividad en el mundo del derecho que al fin y al cabo es un proyecto de organización social. Es decir, más allá de la mayor o menor amplitud en el reconocimiento de valores, hay que tener en cuenta que éstos han de caracterizarse por ser susceptibles de integrar lo que podríamos considerar la ética pública. Pues bien, si los valores son la última referencia sustancial en lo que a la ordenación de la sociedad se refiere, ¿en qué lugar quedan los derechos? Creo que la posición de los derechos respecto a los valores puede explicarse aludiendo a la dimensión instrumental de los primeros en relación con los segundos. Ciertamente, hablar de instrumentalidad de los derechos puede causar cierta perplejidad. En efecto, si los derechos son un objetivo valioso a reconocer y proteger, parece extraño que los derechos puedan ser considerados medios para alcanzar determinados fines que, por definición, parecerán merecedores de mayor estimación y reconocimiento. Parecería desde este punto de vista que los derechos decrecen en su peso moral respecto a los valores. Creo que esta perplejidad puede superarse. Los derechos están en relación instrumental respecto a los valores, ya que, de un lado, son una manifestación de los mismos. En efecto, los valores constituyen el fundamento de los derechos. No es extraño en este sentido el recurso a los derechos de libertad o a los derechos de igualdad para aludir a los valores de los que estos derechos reciben su fundamento. Pese a que la estricta dicotomía entre libertad e igualdad además de ser poco fructífera

es falsa, creo que es posible, aunque sólo sea a meros efectos explicativos, reconocer que hay derechos que están, más que otros, conceptualmente ligados a la libertad, mientras que otros lo están a la igualdad. Pero el sentido de esa posición de instrumentalidad de los derechos respecto a los valores se puede explicar desde el momento en que aquéllos serían expresión de las exigencias de éstos. Quiere decirse con ello que la implementación de los valores, la articulación de una sociedad de acuerdo con las exigencias de los valores, implica la existencia y pleno funcionamiento de un sistema de derechos. Dicho de otra manera: tomarnos en serio la libertad y la igualdad significa articular un sistema de derechos. Creo que la idea puede entenderse también si aludimos al valor que en definitiva aunaría el sentido y significado de la libertad y de la igualdad y que ocuparía el vértice normativo sustantivo o material del ordenamiento, el valor dignidad: tomarse en serio la dignidad implica organizar la sociedad a través del establecimiento de un sistema de derechos.

Por otra parte, la imprescindible presencia de estas dimensiones morales y la también imprescindible intervención del poder en la articulación jurídica de un sistema de derechos nos permiten observar la conexión que existe entre los derechos y la democracia. Esta conexión se puede abordar desde diversas perspectivas. Por una parte, sabemos que la democracia es un sistema de adopción de decisiones colectivas a través de unos procedimientos que se reconducen en última instancia a la regla de las mayorías. Pero la democracia no se reduce a eso. En este sentido, la regla de las mayorías es condición necesaria pero no suficiente de la democracia. Los derechos vienen a complementarla. Por una parte, los derechos constituyen elementos imprescindibles en la articulación de los mecanismos de representación y de participación. Es estos casos estamos acostum-

brados a pensar en los derechos de participación, pero, más allá de éstos, la participación en pie de igualdad no se puede explicar exclusivamente de acuerdo con criterios meramente formales. Por el contrario, la satisfacción de exigencias económicas y culturales básicas, que contribuyen a situar a los participantes en condiciones de igualdad, también es un requisito de la legitimidad de los mecanismos representativos. Y aquí los derechos económicos, sociales y culturales entran en escena.

Por otra parte, en democracia las mayorías no deben entenderse investidas de una capacidad omnipotente. La existencia de restricciones sustanciales en relación con las posibilidades de decisión pertenece también a la lógica de la democracia, al menos en el sentido que a la misma se le está atribuyendo. Las mayorías no pueden decidir cualquier cosa. Estamos, en realidad, frente a la tensión entre derechos y democracia que es propia de las democracias constitucionales y que carece de difícil solución definitiva a favor de cualquiera de los dos términos, ya que tanto una situación en la que la reivindicación de los derechos asfixiara la operatividad de las decisiones legítimas de la mayoría como una aniquilación de los derechos por parte de la mayoría supondrían una quiebra del sistema democrático.

Pero la vinculación entre derechos y democracia permite ser complementada abordándola desde otra perspectiva. La presencia de derechos en un determinado ordenamiento implica la existencia de dimensiones limitativas respecto al poder político¹⁰. Dada la vinculación que existe entre las normas de derechos fundamentales y las decisiones del poder político, esas limitaciones, desde el punto de vista político y jurídico, se articulan como auténticas autolimitaciones. En efec-

¹⁰ Ver R. de Asís, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid 2000.

to, es el poder el que toma, en un contexto que puede ser analizado desde diferentes puntos de vista, la decisión de proceder a determinadas juridificaciones de planteamientos morales. Y a partir de dicha juridificación va a haber comportamientos que el poder no va a poder llevar a cabo y otros que va a estar obligado a realizar. Siendo así las cosas, el poder político —respecto del cual en ocasiones se ha subrayado su innata vocación expansiva— de alguna manera se ata las manos. Los derechos, en este sentido, se manifiestan como autolimitaciones en relación con el ejercicio del poder. Esta circunstancia nos sitúa frente a la cuestión de los rasgos que han de caracterizar un poder capaz de sacrificar sus posibilidades de actuación. Y en *este* punto hay que reconocer que no todo poder se caracteriza por la presencia de esa capacidad. Sólo el poder político democrático demuestra esa dimensión de compromiso moral con los valores y principios, con las dimensiones morales que dotan de sentido a las normas de derechos fundamentales. Entre otras cosas, porque un poder en relación con el cual no es posible detectar ese compromiso no es susceptible de ser calificado como democrático.

Por otra parte, y retomando una cuestión a la que se aludió líneas atrás, la posición que ocupan los derechos en un determinado ordenamiento jurídico depende en última instancia de una decisión política. En *este* sentido, y más allá de reconocer las especificidades que presentan los diferentes derechos en lo que a la puesta en marcha de particulares mecanismos de protección y garantía se refiere, no hay nada que predetermine por motivos sustanciales la respectiva caracterización jurídica de los derechos. Esta caracterización viene definida, en primer lugar, por la decisión en relación con el rango constitucional de los derechos. En las democracias constitucionales los derechos ocupan una posición en la Constitución a partir de la cual desarrollan esa dimensión limi-

tativa a la que hemos aludido. Pero más allá del modelo de la democracia constitucional, es también posible imaginar otro en el que al legislador se le reserva una mayor operatividad en relación con los derechos. Por otra parte, como se ha señalado, la posición constitucional de los derechos se caracteriza fundamentalmente a través de la articulación de una estructura de garantías. Pues bien, no hay nada que *a priori* atribuya determinadas técnicas de garantía a unos derechos concretos y específicos. Creo que es importante subrayar esta cuestión y ponerla en relación con el uso que en ocasiones se hace de las clasificaciones de los derechos y de las consecuencias que se pretenden extraer de las mismas.

La caracterización jurídica de los derechos fundamentales

La reflexión sobre la relación entre los derechos y el ordenamiento jurídico está encaminada a comprender la posición que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento. En este sentido, podemos adelantar que los derechos no constituyen "un contenido cualquiera" del ordenamiento jurídico: su presencia caracteriza y define el sistema jurídico en su conjunto. El análisis de los derechos fundamentales en perspectiva jurídica permite considerarlos como una pieza clave del ordenamiento.

A estas alturas contamos con algunos datos que nos permiten afrontar con alguna claridad la cuestión de la posición genérica de los derechos en el sistema jurídico. Pero todavía no nos hemos enfrentado con la cuestión básica, anunciada con anterioridad y que podría formularse, del modo más sencillo posible, como sigue: desde el punto de vista estrictamente jurídico, ¿qué son los derechos fundamentales?, ¿cómo se caracterizan respecto a otras categorías jurídicas? De lo que se

trata, por tanto, es de analizar la caracterización de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico. En este punto nos podemos encontrar con el problema de la disparidad de los datos que nos ofrecen los diferentes ordenamientos. En efecto, no en todos los casos los derechos presentan la misma configuración jurídica allá donde existen. En todo caso, y siendo conscientes de esta circunstancia, no se trata en este momento de proponer una tipología al respecto. Intentaremos desarrollar un discurso general en relación con la cuestión de la caracterización jurídica de los derechos y de los rasgos que contribuyen a determinar su posición en el ordenamiento.

Parece evidente que si ése es el problema que nos planteamos, la información con la que trabajemos debe ser extraída del propio ordenamiento jurídico. Si hemos de ser consecuentes con la posición básica que venimos manteniendo, esto es, con la comprensión de los derechos fundamentales como instituciones jurídicas, debemos recurrir —para resolver la presente cuestión— a los datos que nos ofrece el ordenamiento jurídico, comenzando por el principio, esto es, por la Constitución.

Si centramos la atención en la Constitución española de 1978, la primera sensación que podemos tener al examinarla es, en cierto sentido, de confusión. En efecto, el panorama que tenemos ante nosotros es de una gran diversidad semántica y, aunque la diversidad no tenga por qué ir en detrimento del orden, en este caso parece una diversidad desordenada. En el texto constitucional, aparecen términos como "derechos humanos", "derechos individuales", "derechos de los ciudadanos", "derechos políticos", "derechos constitucionales", "derechos fundamentales", "libertades públicas". Si todos estos términos son sinónimos, no se entiende muy bien la decisión del legislador constituyente; hubiera parecido más lógico, en aras de la claridad deseable en un texto como la Constitución, reconducir las diversas

referencias, en la medida de lo posible, a una mayor unidad. Si, por el contrario, entre los diversos términos existen diferencias sustanciales, éstas tampoco son fáciles de identificar si nos limitamos a la letra de la Constitución.

Con independencia de la dispersión terminológica que parece existir en el texto constitucional, sí parece que la opción por la expresión "derechos fundamentales" no debería suponer demasiados problemas. En efecto, aparece en la rúbrica de la sección primera del capítulo segundo, es decir, en lo que se considera —como tendremos ocasión de ver más adelante— el núcleo fuerte del subsistema de los derechos. Además, también vamos a ver que de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden extraer datos a su favor. Desde el punto de vista doctrinal, creo que existen argumentos suficientes que apoyan dicha opción. Así, "fundamentales" son aquellos derechos que están recogidos o garantizados en normas básicas de un ordenamiento jurídico o que, aunque no lo estén, tienen una existencia y un contenido esencial y condicionante respecto de otros derechos o contenidos "inferiores" o "menores" de ese sistema, o que también recogen o expresan valores y principios considerados fundamentales en ese sistema. Parece que, en el caso concreto de nuestro ordenamiento, no habría mucha dificultad en caracterizar a los derechos fundamentales del anterior modo.

Además, una virtualidad de la expresión "derechos fundamentales" que juega a su favor es que es susceptible de abarcar las categorías clásicas de derechos: individuales (de autonomía), políticos (de participación) y económicos, sociales y culturales. A lo cual debe sumarse —y lo anterior es una muestra de ello— que, debido al carácter histórico de su fundamentación, constituyen una categoría abierta a la historia y capaz de asumir la evolución de los diversos contenidos. Posiblemente sean éstas algunas razones que hacen

preferible este término frente a otros como "derechos humanos", "derechos públicos subjetivos", "derechos morales", "libertades públicas" o "derechos naturales". En todo caso, sí parece que de lo anterior —esto es, de la diversidad terminológica— no se debe hacer una cuestión básica y sustancial que enturbie y dificulte el discurso científico sobre los derechos. Y ello con independencia de que se sea consciente de que cabe la posibilidad de que los diferentes términos utilizados en ese discurso pueden implicar diferentes opciones doctrinales. Pero ésta es una cuestión en la que no nos podemos centrar en este momento.

Junto a esto cabe referirse también a la sistemática del título I. En efecto, podemos observar que su rúbrica general se refiere a "De los derechos y deberes fundamentales". Con independencia del capítulo primero ("De los españoles y los extranjeros"), observamos que el capítulo segundo reza en su título "Derechos y libertades", lo cual no debería ser, en principio, demasiado problemático si no es porque en el mismo se incluyen dos secciones: la primera, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas", y la segunda, "De los derechos y deberes de los ciudadanos". Además, el capítulo tercero alude a los "Principios rectores de la política social y económica". A la vista de lo anterior, cabría preguntarse por la posición de los derechos fundamentales en el interior de este título. Porque parece que los únicos derechos fundamentales son los incluidos en la sección primera del capítulo segundo, excluyéndose por lo tanto de tal categoría al contenido de la sección segunda del capítulo segundo y a la del capítulo tercero¹¹.

¹¹ Si bien, desde la doctrina constitucionalista, existen planteamientos que proponen incluir en la categoría a todos los derechos comprendidos en el capítulo segundo del título I: ver P. Cruz Villalón, "Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter", en J. M. Saucá (ed.), *Proble-*

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, puede parecer recomendable explorar estrategias complementarias a la lectura de la Constitución: puede ser útil acudir a la interpretación que de la misma lleva a cabo el Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado una doble vertiente de los derechos. En efecto, en la sentencia de 14 de julio de 1981, el Tribunal se refiere al "doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un "status jurídico" o la libertad en un ámbito de la existencia, Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de derecho y, más tarde, en el Estado social de derecho o el Estado social y democrático de derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (artículo 1.1)" (BJC 1981-5, F.J. 5)¹².

mas actuales de los derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1994, p. 161; J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999, p. 27.

¹² La STC de 14 de julio de 1981 constituye una referencia básica a la que se remiten otras sentencias del TC. Así, por ejemplo, la STC 163/86 de 17 de diciembre, la STC 172/89 de 19 de octubre. Por su parte, la STC 53/85 de 11 de abril subraya la dimensión objetiva de los derechos: "Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (*vid.* al respecto artículos 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son componentes estructurales básicos tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización ju-

Por consiguiente, los derechos fundamentales presentan una vertiente subjetiva y una vertiente objetiva: los derechos fundamentales, por una parte, son derechos subjetivos y, por otra, son elementos estructurales del ordenamiento jurídico. Lorenzo Martín-Retortillo se ha referido a esta doble vertiente identificándola con la dicotomía "derecho-titularidad" y "derecho-institución". Así, un derecho fundamental es "una figura que resume un valor asumido en el sistema jurídico de una comunidad y que se inserta con fuerza vinculante en el ordenamiento jurídico. Faceta objetiva del derecho, como valor positivizado con una estructura compleja y con amplias ramificaciones que se plasman en reglas de derecho sustantivo y de derecho procesal, de derecho constitucional, pero también de derecho penal, o administrativo, o civil, por aludir a alguna de las disciplinas habituales. Derecho-institución, si se quiere. Se hablará así de derecho a la intimidad, de derecho —o libertad— de asociación, de libertad ideológica o libertad religiosa, de derecho de petición. Pero, de otro lado, y con frecuencia en

rídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, el 'fundamento del orden político y de la paz social'. De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales 'los impulsos y líneas directivas', obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa" (BJC 1985-49, E J. 4. Ver también STC 129/89 de 17 de julio, E J. 3).

íntima conexión con ese primer significado, se habla de derecho como opción subjetiva que se atribuye a uno o varios sujetos. Formalizado el instituto jurídico, el núcleo institucional genera en torno suyo una amplia esfera de titularidades subjetivas: facultades de hacer, facultades de imponer que otros hagan o toleren; facultades de recibir una prestación (con frecuencia, poder de pedir ayuda para que no se coarten los contenidos de tales titularidades); poder, incluso de acudir a los tribunales de justicia en defensa de estas titularidades. Derecho-titularidad puede ser la fórmula, especialmente inconcreta. Frecuentemente se ha hablado de derecho subjetivo. Pero es importante destacar la amplitud de posibles titularidades. Cada derecho-institución genera, insisto, una gama muy variada de posibles titularidades"¹³.

En esta ocasión nos vamos a centrar en la dimensión subjetiva: los derechos fundamentales son, entre otras cosas, derechos subjetivos. Pero ¿qué es un derecho subjetivo?, ¿existen rasgos distintivos de la categoría y diferenciadores respecto a otras? Si es así, ¿dichos rasgos sirven para conceptualizar los derechos fundamentales? En definitiva, ¿el Tribunal Constitucional aclara de manera definitiva las cosas cuando dice que los derechos fundamentales son derechos subjetivos? Nos encontramos aquí con uno de los conceptos claves de la filosofía jurídica, caracterizado, básicamente, por su complicada conceptualización. No hace falta acudir a Savigny, Windscheid o Ihering para ser conscientes de la dificultad implícita en el concepto de derecho subjetivo. En este sentido, determinados análisis han mostrado las diversas posibilidades de comprensión al res-

¹³ L. Martín-Retortillo, "Régimen constitucional de los derechos fundamentales", en L. Martín-Retortillo, I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid 1988, p. 57.

pecto incidiendo en la multiplicidad de dimensiones o facetas del concepto de "derecho subjetivo". Pensemos, por ejemplo, en las propuestas de Hohfeld, Kelsen y Alexy¹⁴.

Recordemos que en su trabajo sobre los conceptos jurídicos fundamentales, Wesley Newcomb Hohfeld¹⁵ intentó llevar a cabo una reconstrucción de los conceptos jurídicos básicos asumiendo como punto de partida a tal efecto los de derecho subjetivo y obligación jurídica. A partir de ahí, y de acuerdo con los usos lingüísticos de los juristas, identificó modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad, inmunidad) y modalidades jurídicas pasivas (deber, no-derecho, incompetencia, sujeción), lo que le permitió posteriormente ofrecer un esquema de situaciones a partir de dos relaciones básicas: correlación y oposición.

Kelsen, por su parte, reconoció la dificultad que el análisis del concepto de derecho subjetivo implica: "La captación de la esencia del derecho subjetivo (en el sentido de derecho con que el sujeto cuenta) se hace difícil por el hecho de que con esas palabras, 'derecho subjetivo', se desig-

¹⁴ Recuérdese que otros autores, como por ejemplo Ross y Ferrajoli, si bien desde perspectivas distantes entre sí, han criticado esta categoría. Ver A. Ross, *Tû- Tû*, traducción de G. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1976; íd., *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires 1994, pp. 164ss; L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, o. c, pp. 908ss.

¹⁵ Ver *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de G. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires 1968. Pueden consultarse al respecto, G. Carrió, "Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld", estudio introductorio de la citada traducción; M. Atienza, "Una clasificación de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, n° 4, 1986-87; R. de Asís, *Deberes y obligaciones en la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, pp. 141-151; M. Niemi, *Hohfeld y el análisis de los derechos*, traducción de Raúl M. Mejía, Fontamara, México 2001.

nan circunstancias muy diferentes entre sí"¹⁶. En efecto, en el lenguaje cotidiano la expresión "derecho" puede ser utilizada con diversas significaciones. Eso no le impide ofrecer una caracterización ciertamente amplia y que intenta aludir a las diversas posibilidades de comprensión: "El derecho subjetivo de un individuo es, o bien un mero derecho reflejo, esto es, el reflejo de una obligación jurídica existente en relación con ese individuo, o bien un derecho subjetivo privado en sentido técnico, esto es, el poder otorgado a un individuo para hacer valer, mediante una acción judicial, el hecho del incumplimiento en su respecto de la obligación jurídica pendiente, el poder jurídico de participar en la producción de la norma jurídica mediante la cual se ordena la sanción prevista para el incumplimiento; o bien un derecho político, esto es, el poder jurídico otorgado a un individuo, sea directamente como miembro de la asamblea popular legislativa, de participar en la producción de la normas jurídicas generales denominadas 'leyes', o, como sujeto de un derecho de elección del parlamento, o de la administración, de participar indirectamente en la producción de las normas jurídicas para lo cual está facultado el órgano elegido; o bien como derecho o libertad fundamental, reconocidos constitucionalmente, para participar en la producción de la norma mediante la cual se quita validez, sea en general (esto es, para todos los casos) o sólo individualmente, a la ley inconstitucional que lesiona la igualdad o libertad garantizadas. Finalmente también puede designarse como derecho subjetivo a una permisión positiva administrativa"¹⁷.

Cuando Robert Alexy se plantea, en el capítulo cuarto de su *Teoría de los derechos fundamen-*

¹⁶ H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México 1982, p. 139.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 157.

tales, la caracterización de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, asume también la ausencia de un consenso en relación con el concepto de derecho subjetivo, y la variedad de explicaciones: "Las posiciones resumidas bajo este concepto podrían ser más complejas de lo que permiten reconocer las respectivas clasificaciones, distinciones y definiciones; ello explicaría las dificultades que ha planteado y sigue planteando el análisis del concepto de derecho subjetivo"¹⁸. A partir de ahí, destaca que lo realmente interesante es analizar la estructura de las distintas posiciones en las que se puede situar aquel del que se predica titularidad de un derecho subjetivo, haciendo referencia a tres básicas: el "derecho a algo", la libertad y la competencia.

Pues bien, si algo persiguen las rápidas referencias a estos tres autores es precisamente demostrar las dificultades con las que nos encontramos los juristas a la hora de caracterizar el concepto de derecho subjetivo, y el hecho de que, cuando hacemos referencia al mismo, podemos estar haciendo referencia a distintas posibilidades de relación. En definitiva, el derecho subjetivo sería difícilmente reconducible a una estructura unitaria, predicable y reconocible en todas y cada una de aquellas situaciones en las que afirmamos que alguien tiene un derecho subjetivo o que lo ejerce respecto a otro¹⁹.

Es evidente que lo anterior plantea un problema respecto a la caracterización de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, ya que dificultaría la identificación de la categoría como tal. Ello, además de las consecuencias que se derivarían en relación con la consideración de

¹⁸ R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 184.

¹⁹ Ver M^a. C. Barranco, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 2000, pp. 261ss.

determinados derechos como verdaderos derechos fundamentales desde el momento en que no son derechos subjetivos: pensemos en gran parte de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero sobre esta cuestión volveré posteriormente.

A partir de lo anterior, es necesario explorar otras posibilidades de comprensión de los derechos fundamentales. En este sentido, creo que la caracterización de los derechos fundamentales a partir de su capacidad resistente frente a las decisiones del poder permite afrontar correctamente la cuestión. Ésta es la estrategia que entre otros ha ensayado Luis Prieto²⁰. La caracterización de los derechos como especialmente resistentes frente a las decisiones del poder implica el previo análisis de las notas que tradicionalmente han acompañado a los derechos. En este punto, Prieto analiza dos rasgos: el de la universalidad de los derechos y el de su carácter absoluto. Y llega a la conclusión de que, analizados los derechos en su dimensión jurídica, no se puede afirmar que los derechos sean universales y tampoco que sean absolutos. En relación con la universalidad de los derechos, hemos de señalar que ésta se puede entender desde diferentes perspectivas. En efecto, Peces-Barba ha señalado que la universalidad puede ser analizada como punto de partida y como punto de llegada. Además, es posible también desarrollar un doble discurso, descriptivo o prescriptivo, al respecta²¹.

Prieto recuerda que tanto si pensamos en la universalidad de los sujetos titulares de derechos como si lo hacemos en la universalidad de los sujetos obligados por los derechos, en los destinatarios

²⁰ Ver L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*-, Debate, Madrid 1990, a quien sigo en esta cuestión.

²¹ Ver G. Peces-Barba, "La universalidad de los derechos humanos": *Doxa* 15-16, vol. II, 1994, pp. 613ss.

de la obligación implícita en los derechos, nos damos cuenta de que los datos que nos suministran los ordenamientos niegan dichos rasgos. Y es que los derechos, por una parte, no son universales en lo que a los titulares de los mismos se refieren, ya que, por una parte, el hecho de que estén positivizados en un determinado ordenamiento actúa como un elemento excluyente y restrictivo en relación con los sujetos que no son destinatarios de dicho ordenamiento; y por otra, en el ordenamiento se recogen derechos que sólo se reconocen a grupos determinados de destinatarios. En efecto, si repasamos el contenido del título I de la Constitución española, observamos con claridad que hay derechos que se reconocen a todos (por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad física y moral —artículo 15—, el derecho a la libertad y a la seguridad —artículo 17—, el derecho a la tutela judicial efectiva —artículo 24.1—), mientras que otros se reconocen a los españoles (por ejemplo, la libertad de residencia y circulación —artículo 19—, el derecho de petición individual y colectiva -artículo 29.1-, el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada -artículo 47-) o a los integrantes de determinados colectivos (por ejemplo, la libertad de cátedra, el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional -artículos 20.1.C y 20.1.d-, el derecho a la negociación colectiva laboral -artículo 37.1—). Pero es que, además, si nos planteamos la cuestión de los sujetos obligados por los derechos, llegamos a la conclusión de que tampoco todos los derechos son reivindicables frente a todos. Los hay que se pueden oponer frente a cualquiera (por ejemplo la libertad ideológica —artículo 16.1— o la libertad de expresión —artículo 20.1.a—), mientras que otros, por la específica relación que comportan, sólo son exigibles frente a determinados sujetos (por ejemplo, el derecho del detenido a ser informado de sus derechos y de las causas de la detención —artículo 17.3— o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley —artículo 24.2—).

En relación con el carácter absoluto de los derechos, el razonamiento es, en cierta medida, paralelo al desarrollado respecto a la universalidad: los datos que nos suministran los ordenamientos nos conducen a negar tal carácter. Entre otras cosas, si los derechos fueran absolutos sería realmente complicado proponer una determinada teoría sobre sus límites, de la misma manera que también lo sería imaginar el ejercicio de los derechos en situaciones en las que de manera necesaria afectan a otros derechos y en las que se ponen en marcha estrategias restrictivas exigidas por la simultaneidad en el ejercicio. Lo cierto es que los ordenamientos jurídicos incluyen previsiones limitadoras de los derechos, como por ejemplo la referida a las libertades del artículo 20 ("Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia" —artículo 20.4—) o la referida a la prohibición del derecho de reunión y manifestación "cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes" (artículo 21.2).

Pues bien, lo anterior permite, en opinión de Prieto, llegar a la siguiente conclusión: "No existe ningún elemento conceptual que se halle necesariamente en todos y cada uno de los derechos fundamentales jurídicamente reconocidos y que, a su vez, no pueda encontrarse también en otros derechos subjetivos"

Es aquí donde cobra pleno sentido la identificación de los derechos fundamentales a partir de determinados mecanismos de resistencia constitucional. El carácter fundamental de un dere-

²² L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, o. c., p. 87.

cho viene determinado en realidad por su posición constitucional, entendiendo aquí por posición el conjunto de mecanismos normativos e institucionales que definen y acompañan su presencia en el ordenamiento. Sabemos que, en términos generales, los derechos fundamentales ocupan un determinado lugar en la Constitución. Ese lugar es el reflejo de una determinada concepción axiológico-política. Así, los derechos expresan una determinada concepción sobre los valores y sobre las diferentes posibilidades de organizar la sociedad. Y esa expresión presenta formas jurídicas concretas y determinadas. Así, señala Prieto, la fundamentalidad de los derechos es en realidad expresión de esa concepción axiológico-política, que es la que determina, en primer lugar, que los derechos deben incluirse en la Constitución. Esta inclusión en la Constitución es la que permite observar los derechos en término de resistencia frente a la voluntad del poder. Si analizamos la cuestión en el marco de un discurso sobre el poder constituyente y el poder constituido, se puede señalar que los derechos son decisiones del poder constituyente a las que se somete el poder constituido. La resistencia de la que estamos hablando se manifiesta desde el momento en que, como consecuencia de la naturaleza constitucional de los derechos, el poder se encuentra limitado en su actuación en relación con los mismos. Y es que desde el momento en que se incluyen, sobre todo en el escalón constitucional, los derechos fundamentales, el poder político (y, en última instancia, todos los sometidos al ordenamiento) sabe que tiene su capacidad de decisión y de actuación limitada. Es en este punto en el que se puede comprender la dimensión limitativa de los derechos, que se puede manifestar de diferentes formas y con diversa fuerza. Será la mayor o menor densidad de la dimensión limitativa a la que los derechos someten al poder la que defina el carácter más o menos resistente. Y si la mayor o menor resistencia es el

criterio de fundamentalidad aplicable a los derechos, se puede concluir que existen, entre los derechos fundamentales, derechos más fundamentales que otros.

Si analizamos el título I de nuestra Constitución a la luz de las anteriores reflexiones, nos damos cuenta de que, en efecto, la posición de los derechos se caracteriza, a partir de lo establecido en el artículo 53, por una sucesión de círculos concéntricos en torno al núcleo duro o reforzado del que forman parte las libertades y derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo. Estos derechos se garantizan a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad (con el que se protege también al contenido del artículo 14) y a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (que también es aplicable a la objeción de conciencia recogida en el artículo 30), y su desarrollo legislativo exige reserva de ley orgánica (artículo 81), que en todo caso debe respetar su contenido esencial; además, están protegidos, en lo que a la reforma constitucional se refiere, por el procedimiento agravado del artículo 168. Un segundo círculo estaría constituido por los derechos de la sección segunda del capítulo II, para los que se prevé reserva de ley vinculada a la obligación de respeto del contenido esencial. Y, por fin, los derechos incluidos en el capítulo tercero, respecto a los cuales el artículo 53.3 establece que "informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Podría pensarse que la mayor o menor resistencia de los derechos obedece a criterios puramente formales, identificados con la presencia o con la ausencia de mecanismos de protección y garantía. Es cierto que la resistencia tiene una expresión formal, pero su razón última no es for-

mal. Desde este punto de vista, el hecho de que en un sistema constitucional no todos los derechos ocupen la misma posición, existan diversos mecanismos de protección, que se aplican a unos y no a otros, se explica desde el momento en que la misma presencia es ya expresión de una decisión moral y política. De la misma manera que también lo es la misma presencia de los derechos. Podemos comprender fácilmente el que, en un ordenamiento inspirado por una ideología liberal, la nómina de derechos sea diferente en su contenido y en su articulación interna a la que existe en un ordenamiento tras el cual late una ideología socialista. Por tanto, la resistencia, considerada desde el punto de vista formal, es expresión de una determinada opción política e ideológica. Es esa decisión, y no argumentaciones en relación con la naturaleza o el específico valor de determinados derechos, la que explica la posición constitucional de los derechos fundamentales. Creo que a partir de lo anterior puede estar justificado un cierto escepticismo respecto a las rígidas clasificaciones de derechos que son utilizadas para justificar determinadas posiciones constitucionales de ciertos derechos en detrimento de las de otros; clasificaciones que además, en ocasiones, se vinculan a la distinción entre derechos "caros" y derechos "baratos", que también se utiliza para justificar posiciones constitucionales. Pues bien, esta distinción entre derechos "caros" y "baratos", además de ser falsa, parece ideológicamente interesada, precisamente por el hecho de que justifica la atención respecto a ciertos derechos (vinculados normalmente con un ideario [neo] liberal) en detrimento de la atención respecto a otros, cuya garantía vendría condicionada por dimensiones económicas que dificultarían la acción de los poderes públicos en su favor.

Por otra parte, la tesis de la resistencia a la que nos estamos refiriendo permite afrontar el problema de la consideración o no de los dere-

chos económicos, sociales y culturales. En diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos el nuestro, estos derechos ocupan una posición muy específica, que se caracteriza entre otras cosas por una disminución en el grosor de la resistencia que los acompaña. Piénsese en el artículo 53.3 de la Constitución, ya citado. *A sensu contrario*, debe entenderse que en relación con estos derechos no valen determinadas exigencias en su protección, como las que aparecen en el artículo 53.1. Pero es que, además, normalmente los derechos económicos, sociales y culturales no suelen responder al esquema del derecho subjetivo. Son derechos "a dos tiempos"²³, que, si bien despliegan las consecuencias de su naturaleza constitucional, lo hacen de una manera diferenciada respecto a otros. Siendo así las cosas, podríamos llegar a la conclusión de que una rígida identificación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos impide reconocer como auténticos derechos fundamentales a los derechos económicos, sociales y culturales, desde el momento en que no son derechos subjetivos. Por el contrario, la comprensión de los derechos fundamentales como derechos específicamente resistentes, con el añadido de una gradualidad en esa resistencia, permite considerar que los derechos económicos, sociales y culturales también son derechos fundamentales, si bien menos fundamentales que otros, en tanto en cuanto menos resistentes.

Derechos y dinámica jurídica

La presencia de normas de derechos fundamentales en un determinado ordenamiento jurídico despliega una serie de efectos de amplia trascendencia en lo que se refiere a la configuración

²³ Ver G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, o. c., p. 369.

y al funcionamiento del mismo. Y ello, al menos, por dos razones. En primer lugar, por la misma naturaleza constitucional de las normas de derechos. En efecto, allá donde existen, las normas de derechos fundamentales ocupan una posición determinada en el seno de la norma constitucional, a partir de la cual desarrollan lo que Robert Alexy ha venido en considerar un "efecto irradiación". En este punto cabe reconocer que, en realidad, este efecto es el resultado de la ubicación constitucional de estas normas y no es la consecuencia de que posean determinados rasgos característicos de otro tipo. En segundo lugar, ya hemos aludido anteriormente a la carga moral de las normas de derechos fundamentales. Son expresión del punto de vista sobre la justicia que asume en última instancia el sistema jurídico de referencia. Integran el núcleo de la dimensión moral que asume todo ordenamiento, que en este caso presenta unos contenidos y significados específicos vinculados con la filosofía de los derechos y con los valores y principios que forman parte de ella. En este sentido, configuran la dimensión sustantiva o material del sistema, dimensión que se materializa y que surte efectos a partir de la posición constitucional de las normas de derechos.

Por tanto, la influencia y la intervención de los derechos en la articulación y en el funcionamiento del sistema asumen como punto de partida el estatus constitucional de las normas de derechos. Esa influencia e intervención se manifiestan, entre otras cosas, tanto en los procesos de producción normativa como en los mecanismos de interpretación y aplicación jurídica.

Se puede afirmar que los derechos desarrollan una función importante en la producción de normas jurídicas, considerada tanto desde el punto de vista formal como desde el material. Analizada la cuestión desde el punto de vista formal, los derechos contribuyen a diseñar los meca-

nismos y procedimientos de producción normativa. Sabido es que la democracia se caracteriza, entre otras cosas, por la presencia de dimensiones participativas a través de las cuales se articulan los procesos de toma de decisiones colectivas. En efecto, la democracia, cuya comprensión sin los derechos es imposible, presenta múltiples facetas y dimensiones que permiten análisis desde diversas perspectivas. La democracia incluye como elemento central, en lo que a tomas de decisiones colectivas se refiere, el principio de las mayorías. Pero la materialización de este principio implica la articulación de determinados mecanismos y procedimientos —que bien pudiéramos considerar como correctores del principio de las mayorías— que son incomprensibles sin la articulación de los derechos de participación. En este sentido, la democracia se caracteriza por la producción de decisiones a través de estrategias participativas. Estrategias participativas que encontramos a través de todo el proceso político, desde la elección de representantes hasta las deliberaciones y votaciones que tienen lugar en los órganos a los que se les atribuyen competencias normativas. Todo ese proceso se puede entender como la sucesión del ejercicio de determinados derechos. El artículo 23 de la Constitución española establece el principio general al afirmar que "los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal", principio general que implica un determinado papel constitucional de los partidos políticos, caracterizados como "instrumento fundamental para la participación política" (artículo 6).

En definitiva, el procedimiento de adopción de decisiones colectivas en un sistema democrático es incomprensible sin la presencia de derechos fundamentales, en especial de los derechos de participación. No obstante, la mayor o menor operatividad de los derechos de participación

depende en gran medida de la concepción de la ciudadanía que se comparta por parte del sistema jurídico-político. En este sentido, una concepción restrictiva de la ciudadanía supone una exclusión en relación con el ejercicio de los derechos de participación de aquellos grupos de sujetos que no han accedido a la categoría de "ciudadano". De la misma manera, los mecanismos de adopción de decisiones colectivas necesitan configurar sistemas de garantías en relación con la posición de las minorías.

Pero los derechos fundamentales también contribuyen a definir la producción de normas desde un punto de vista sustancial o material. En este sentido, cabe recordar que los derechos forman parte de la norma básica material de identificación normativa. Los contenidos materiales de la Constitución, cuyo vértice es ocupado por normas con una "carga moral" fuerte y evidente, condicionan el contenido del resto de normas del sistema. Si recurrimos a la identificación de los criterios de validez que en su momento propusiera Norberto Bobbio, bien podemos afirmar que la obligación de no contradicción con las normas superiores es en última instancia obligación de no contradicción con los derechos que se incluyen en la Constitución. Esto nos permite apreciar que la dimensión sustantiva de la validez de las normas en un sistema democrático viene condicionada por los contenidos de las normas de derechos. De esta manera, el carácter mixto del sistema jurídico, en lo que a la concurrencia de criterios formales y materiales de validez se refiere, parece evidente²⁴.

El efecto condicionador de los derechos, en lo que atañe a la producción de normas, va más allá de la función desarrollada en la identificación

²⁴ Ver F. J. Ansuátegui Roig, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid 1997, pp. 79ss.

de normas a la que nos hemos referido. En este sentido, cabe añadir dos dimensiones más, a las que ya se ha hecho referencia. En primer lugar, hay que recordar que la acción normativa del legislador en relación con el desarrollo de los derechos se ve restringida o condicionada también desde un doble punto de vista: formal y material. Desde la perspectiva formal, el desarrollo legislativo de los derechos que configuran el núcleo duro del sistema de derechos, los incluidos en la sección primera del capítulo segundo del título I de la Constitución, exige reserva de ley orgánica (artículo 81). La reserva de ley orgánica implica una excepción a la regla general de la mayoría simple, además del gravamen de la votación sobre la totalidad del proyecto. Desde el punto de vista material, dicho desarrollo está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos. En segundo lugar, el legislador, en su función de legislador constituyente ordinario, está vinculado por las exigencias del mecanismo agravado de reforma constitucional previsto en el artículo 168 en aquellos casos en los que la reforma afecte a la sección primera del capítulo segundo del título I.

Las normas de derechos fundamentales también condicionan los procesos de interpretación y aplicación del derecho. Desde el momento en que forman parte del contenido constitucional, constituyen un referente como criterio de interpretación del resto del contenido del sistema. Así, la interpretación desde la Constitución implica al mismo tiempo la interpretación desde los derechos²⁵. Los derechos, junto a los valores en los que se fundamentan, constituyen el referente axiológico último del sistema y, por tanto, deben

²⁵ Ver A. E. Pérez Lufio, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, o. c., pp. 249ss; M^a. C. Barranco Aviles, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid 2004.

ser tenidos en cuenta a la hora de determinar el sentido de las normas que forman el sistema, de la misma manera que su respeto constituye, como hemos visto, criterios de validez en relación con el resto de normas del sistema.

Pero, además, las normas de derechos comparten con buena parte del resto de las normas constitucionales un carácter abstracto en su enunciado y abierto en su contenido. Presentan una morfología que condiciona la labor del sujeto aplicador. En *este* sentido, se ha afirmado que las normas de derechos fundamentales actúan como principios, que se diferencian de las reglas, entre otras cosas, porque no se configuran de acuerdo con el esquema propio de los imperativos condicionales. A partir de ello el sujeto aplicador, el juez, tiene ante sí un escenario particular y una función que desborda una concepción exegética tradicional de su actividad. En relación con la aplicación de los derechos, el juez desarrolla una argumentación que incluye razonamientos morales (provocados por la forma y el contenido de las normas de derechos fundamentales), que se evidencia en aquellos casos en los que ha de determinar la importancia de los derechos en juego o el alcance de su aplicación²¹.

En todo caso, la presencia de derechos fundamentales en un ordenamiento desarrolla unos efectos condicionantes que van más allá de la estructura normativa del mismo y que afectan de lleno a la articulación de los poderes que interactúan en el seno de ese ordenamiento. Esos efectos son consecuencia del alcance de la dimensión limitadora de los derechos y se traducen en última instancia en la puesta en marcha de mecanismos de control de la actuación de los poderes y

²⁶ Ver R. de Asís, "Los derechos y la argumentación judicial", *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 10 (2004), pp. 13-33.

de las instituciones, en cuya cúspide se sitúan los referidos al control de constitucionalidad. Y es que, al final, la defensa de los derechos fundamentales es la defensa de la Constitución.

Bibliografía

- R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997.
- E J. Ansuátegui Roig, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, n° 2, Dykinson, Madrid 1997.
- , "Derechos: cuestiones de terminología jurídica": *Revista de Derecho Constitucional*, Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 30 (enero-marzo 1999).
- R. de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Dykinson, Madrid 2000.
- , *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid 2001.
- , "Los derechos y la argumentación judicial": *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid* 10 (2004).
- M^a. C. Barranco Aviles, *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*, Dykinson, Madrid 1996.
- , *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid 1999.
- , *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid 2004.

- L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, traducción de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid 1995.
- Martín Retortillo, I. de Otto y Pardo, *Derechos fundamentales y Constitución*, Cívitas, Madrid 1988.
- J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Trotta, Madrid 1999.
- A. Llamas, *Los valores superiores como ordenamiento material*, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1993.
- J. A. López García y J. A. del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid 2000.
- G. Peces-Barba Martínez, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid 1984.
- , (con la colaboración de R. de Asís, C. L. Fernández Liesa, A. Llamas), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid-B.O.E., Madrid 1995.
- E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid 1988.
- , *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Tecnos, Madrid⁸2003.
- L. Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990.
- J. M^a. Sauca (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid-B. O. E., Madrid 1994.